

diese zu vermeiden. Selbst wenn andere Beteiligte zum vornherein ausdrücklich erklärt hätten, der andere Miteigentümer habe ihre Gunst verscherzt und sie wollten daher überhaupt keine Verständigung mit ihm — was übrigens hier nicht der Fall war —, so dürfte sich die Aufsichtsbehörde ihrer Amtspflicht laut der angeführten Bestimmung nicht entziehen. Die Vorinstanz hat daher den ihr im Sinne der vorstehenden Erwägungen obliegenden Versuch zur Herbeiführung einer Verständigung nachzuholen, zu welchem Zwecke die Sache an sie zurückzuweisen ist.

Endlich käme nach einem Misslingen desselben, entgegen der am Schlusse des angefochtenen Entscheids geäußerten Auffassung, auch eine Klage auf körperliche Teilung gemäss Art. 73 lit. b VZG in Frage, mindestens bezüglich der beiden ganz gleichartigen Häuser Nr. 3566/8 bzw. 518/20, sodass dann nur das Doppelwohnhaus, das in der Tat nicht in die körperliche Teilung einbezogen werden kann, konkursrechtlich versteigert werden müsste. Die hypothekarische Gesamtbelastung schliesst, entgegen der Ansicht des Konkursamtes, eine körperliche Teilung der Liegenschaften nicht aus; Art. 73 lit. b sieht eine solche gerade ausdrücklich vor. Gewöhnlich wird sich die Frage stellen, ob eine im Miteigentum stehende Sache überhaupt körperlich geteilt werden kann. Hier aber ist diese Möglichkeit zum vornherein gegeben, weil es sich um mehrere, aber von einem Gesamtpfand belastete und nur darum einheitlich zu behandelnde Sachen handelt.

*Demgemäss erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:*

Der Rekurs wird dahin gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Amtshandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

## 26. Entscheid vom 2. August 1939 i. S. Uhertype A.-G.

*Aberkennungsklage, Hemmung der Betreibung trotz bestrittener Zuständigkeit des angerufenen Richters:*

Ob der Zuständigkeit des mit der Klage befassten Richters des Betreibungsortes (Art. 83 Abs. 2 SchKG) eine Gerichtsstandsklausel entgegengehalten werden könne, haben die Betreibungsbehörden nicht zu prüfen.

Sie haben die Aberkennungsklage trotz der Unzuständigkeitserrede des Gläubigers zu beachten und eine Fortsetzung der Betreibung abzulehnen, solange die Zuständigkeitsfrage nicht rechtskräftig von den gerichtlichen Instanzen erledigt ist.

*Action en libération de dette. Suspension de la poursuite lorsque la compétence du juge saisi est litigieuse:*

Les autorités de poursuite ne peuvent examiner si la compétence du juge saisi de l'action au for de la poursuite (art. 83 al. 2 LP) peut être contestée en vertu d'une clause contractuelle portant élection de for.

Elles doivent tenir compte de l'action en libération de dette malgré l'exception d'incompétence soulevée par le créancier et refuser de continuer la poursuite tant que le juge ne s'est pas prononcé définitivement sur la question de compétence.

*Azione di disconoscimento di debito. Sospensione dell'esecuzione ancorchè la competenza del giudice adito sia contestata:*

Alle autorità di esecuzione non spetta di esaminare se la competenza del giudice del luogo dell'esecuzione, davanti al quale l'azione è stata promossa (art. 83 cp. 2 LEF), possa essere contestata in virtù di una clausola di elezione di foro.

Esse debbono tener conto dell'azione di disconoscimento di debito, ancorchè il creditore abbia sollevato l'eccezione d'incompetenza, e rifiutare il proseguimento dell'esecuzione sino a tanto che le istanze giudiziarie non si saranno pronunciate definitivamente sulla questione della competenza.

Die an ihrem Sitz Glarus betriebene Schuldnerin hat gegenüber der dort erteilten provisorischen Rechtsöffnung beim Zivilgericht Glarus binnen zehn Tagen auf Aberkennung geklagt. Die Forderung stützte sich auf einen Vertrag vom 29. Januar 1935, der in Zürich, dem damaligen Wohnort der später nach St. Gallen verzogenen Gläubigerin, abgeschlossen wurde und die Vereinbarung des Gerichtsstandes Zürich enthält. Mit Berufung hierauf wollte die Gläubigerin die am Betreibungsort Glarus eingereichte Aberkennungsklage nicht beachtet wissen und verlangte die Fortsetzung der Betreibung. Das Betreibungsamt entsprach dem Begehren und drohte der Schuld-

nerin den Konkurs an. Deren Beschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung der Konkursandrohung wurde in erster Instanz geschützt, von der kantonalen Aufsichtsbehörde dagegen am 29. Juni 1939 abgewiesen mit der Begründung, die von der Gläubigerin angerufene Gerichtsstandsvereinbarung sei auch auf den Fall der Aberkennungsklage zu beziehen und gehe dem in Art. 83 Abs. 2 SchKG für solche Klagen vorgesehenen Gerichtsstand des Betreibungsortes vor; um die Betreibung wirksam zu hemmen, hätte die Klage daher in Zürich angehoben werden müssen.

Die Schuldnerin zieht diesen Entscheid an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag, die Konkursandrohung sei aufzuheben.

*Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
zieht in Erwägung:*

Erst nach endgültiger Beseitigung des Rechtsvorschlages kann eine Betreibung, je nach der zutreffenden Betreibungsart, durch endgültige Pfändung oder durch Androhung des Konkurses fortgesetzt werden (arg. Art. 83 Abs. 1 SchKG). Nun wird freilich die provisorische Rechtsöffnung ohne weiteres endgültig durch unbenutzten Ablauf der Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 3), und der Versäumung dieser bundesrechtlichen Klagefrist steht nach der bisherigen Rechtsprechung die Einreichung der Klage bei einem unzuständigen Gerichte gleich. Jedoch kann eine, wie hier, binnen der gesetzlichen Frist bei einem als zuständig in Betracht kommenden Gericht angehobene Klage nicht als verwirkt gelten, solange das darüber durchgeführte gerichtliche Verfahren nicht zu rechtskräftiger Ablehnung der vom Schuldner in Anspruch genommenen Zuständigkeit geführt hat. Nur und erst, wenn der hier am Betreibungsorte Glarus angehobene Aberkennungsprozess diesen Ausgang finden sollte, wäre die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes in einer für das Betreibungsamt wie dann auch für die betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden verbindlichen und beachtlichen Weise festge-

stellt. Nur auf den Entscheid der mit der Klage bezw. mit der Zuständigkeitsfrage befassten Gerichte haben die Organe der Zwangsvollstreckung abzustellen, nicht auf Angaben des Gläubigers, worüber sie nicht ihrerseits eine die Gerichte bindende Entscheidung zu fällen vermögen. Sowenig dem Betreibungsamt und demgemäss auch den Aufsichtsbehörden zusteht, die örtliche Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters und das von diesem befolgte Verfahren nachzuprüfen (BGE 64 III 10), sowenig darf in die gerichtliche Entscheidungsgewalt hinsichtlich des Aberkennungsverfahrens eingegriffen oder der gerichtlichen Entscheidung durch voreilige Fortsetzung der Betreibung vorgegriffen werden. Wie die Zuständigkeit ist übrigens auch die Rechtzeitigkeit der Klageanhebung vom Gerichte zu beurteilen. Ergibt sich allerdings aus den dem Betreibungsamte vorzulegenden Bescheinigungen über die Zustellung des letztinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheides und allenfalls den unbenutzten Ablauf einer Weiterziehungsfrist einer- und die erste als Erhebung der Aberkennungsklage in Frage kommende Handlung andererseits zweifelsfrei, dass die Klagefrist von zehn Tagen nicht gewahrt ist, so braucht nicht erst der gerichtliche Entscheid abgewartet zu werden (BGE 28 I 275 = Sep. Ausg. 5 S. 169, BGE 53 III 67). In allen Zweifelsfällen muss dagegen die Klage bis zur massgebenden gerichtlichen Entscheidung für die Vollstreckungsbehörden beachtlich bleiben. Hinsichtlich der Zuständigkeit ist noch grössere Zurückhaltung geboten; steht doch in den wenigsten Fällen von vornherein fest, dass ein binnen der zehntägigen Frist angegangenes Gericht sich unzuständig erklären wird (und dass die Ablehnung der Zuständigkeit auch von allfälligen Rechtsmittelinstanzen geschützt werden wird). Das ist höchstens dann der Fall, wenn der Schuldner einen Gerichtsstand in Anspruch genommen hat, für dessen Vorliegen er schlechterdings nichts Einleuchtendes anzugeben vermag. So verhält es sich aber hier keineswegs. Die Klage ist am gesetzlichen Gerichtsstand angebracht, wo-

mit für die Vollstreckungsbehörden jeder Grund entfällt, sie nicht gelten zu lassen und sich mit der Frage zu befassen, ob die Gerichtsstandsvereinbarung nach Aufgabe des zürcherischen Wohnsitzes durch die Gläubigerin und des dort von der Schuldnerin geführten Bureaus überhaupt noch angerufen werden kann und ob der Gerichtsstand Zürich, speziell auch für den Fall einer Aberkennungsklage, als ausschliesslicher vereinbart oder bloss zur Wahl gestellt war (vgl. BGE 56 I 443 ff.), sowie, ob die Klausel nach § 16 Abs. 2 der zürcherischen ZPO (« Ausgeschlossen ist die Vereinbarung eines Gerichtsstandes in Ehe- . . . .sachen und wenn der Gerichtsstand . . . . der Betreibung . . . . zu trifft ») Aberkennungsklagen von vornherein nicht betreffen konnte oder doch den dortigen Richter nach Abs. 1 daselbst bei den nun gegebenen Wohnsverhältnissen nicht zu materieller Beurteilung verpflichtet, und endlich, ob es angesichts dieser Sachlage nicht auf eine Rechtsverweigerung hinausliefe, die am Betreibungsort angehobene Klage mit Hinweis auf die Gerichtsstandsvereinbarung von der Hand zu weisen. Über alle diese Fragen, die sich stellen, nachdem die Gerichtsstandsbestimmung des Art. 83 Abs. 2 SchKG nicht als zwingende aufgefasst wird, lässt sich kaum so leicht hinwegkommen, wie die Vorinstanz glaubt. Die Entscheidung darüber muss den gerichtlichen Instanzen des Aberkennungsprozesses vorbehalten bleiben.

*Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :*

Der Rekurs wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid sowie die Konkursandrohung vom 28. März 1939 aufgehoben.

**27. Sentenza 5 settembre 1939 in causa Emden.**

*Esecuzione concernente un credito garantito da pegno :* Se il pegno si trova all'estero, il debitore pignoratorio, contro il quale è stata promossa in Svizzera esecuzione ordinaria, può invocare, aggravandosi all'Autorità di vigilanza, il *beneficium excussionis realis*, purchè il diritto estero preveda tale eccezione analogamente a quanto sancisce l'art. 41 cp. 1 LEF.

*Betreibung für pfandversicherte Forderungen :* Auch wenn sich die Pfandsache im Auslande befindet, kann der in der Schweiz mit gewöhnlicher Betreibung belangte Schuldner dieses Verfahren auf dem Beschwerdeweg anfechten, vorausgesetzt dass das betreffende ausländische Recht ein *beneficium excussionis realis* entsprechend Art. 41 Abs. 1 SchKG gleichfalls vorsieht.

*Poursuite du chef d'une créance garantie par gage :* Le débiteur qui a donné un gage et qui est poursuivi en Suisse par la voie d'une poursuite ordinaire est fondé à porter plainte contre cette poursuite même si le gage se trouve à l'étranger, pour peu seulement que le droit étranger admette le *bénéfice de discussion*, c'est-à-dire une exception analogue à l'art. 41 al. 1 LP.

A. — Con precetti esecutivi 58216/17 dell'Ufficio di Locarno Else Nathan Rubinski ed Alfredo Rubinski promotevano esecuzione ordinaria contro Max Emden, domiciliato a Brissago.

L'escusso inoltrava reclamo, domandando che i precetti fossero annullati essenzialmente per i seguenti motivi : Le somme in escussione non sono dovute da Max Emden, ma dalla ditta M. J. Emden Söhne avente la propria sede in Germania. Inoltre si tratta di crediti garantiti da ipoteche su immobili situati in Germania : l'esecuzione per via ordinaria è quindi esclusa in virtù dell'art. 41 cp. 1 LEF.

Con decisione 6 giugno 1939 l'Autorità cantonale di vigilanza respingeva il reclamo, osservando in sostanza quanto segue : Nello stendere i due precetti l'Ufficio di Locarno si è attenuto esattamente alle relative domande di esecuzione che non indicano l'esistenza di pegni immobiliari o mobiliari a garanzia del credito in escussione. D'altra parte, dai documenti in atti non appare dimostrata l'esistenza di un pegno. Le questioni sollevate dal reclamante non sono di competenza dell'Autorità di vigilanza.

B. — Con tempestivo ricorso al Tribunale federale Max Emden si è riconfermato nelle sue conclusioni.

*Considerando in diritto :*

1. — Il ricorrente fa valere anzitutto che egli non è debitore del credito in escussione, ma che debitrice è la ditta M. J. Emden Söhne ad Amburgo.